Nations Unies A/CN.9/SR.945

Assemblée générale

Distr. générale
28 janvier 2013
Français
Original : anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Quarante-cinquième session

Compte rendu analytique de la 945e séance
Tenue au Siège, à New York, le mardi 26 juin 2012, à 10 heures

Président : M. Sikirić . . . . . (Croatie)
Par la suite : M. Wiwen-Nillson (Vice-Président)

Sommaire

Élection des membres du bureau (*suite*)

Finalisation et adoption d'un Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*)

Le présent compte rendu est sujet à rectifications.

Les rectifications doivent être rédigées dans l'une des langues de travail. Elles doivent être présentées dans un mémorandum et être également portées sur un exemplaire du compte rendu. Il convient de les adresser, *une semaine au plus tard à compter de la date du présent document*, au Chef de la Section d'édition des documents officiels, bureau DC2-750, 2 United Nations Plaza.

Les rectifications éventuelles aux comptes rendus de la présente session seront groupées dans un rectificatif unique, qui sera publié peu après la clôture de la session.

12-38783X (F)

Merci de recycler

La séance est ouverte à 10 h 10.

Élection des membres du bureau (*suite*)

1. **Le Président** déclare que le Nigéria, au nom du Groupe des États africains, a nommé M. Mugasha (Ouganda) aux fonctions de Rapporteur de la Commission pour sa quarante-cinquième session.

2. *M. Mugasha (Ouganda) est élu Rapporteur par acclamation.*

3. *M. Wiwen-Nilsson (Suède), Vice-Président, assume la Présidence.*

Finalisation et adoption d'un Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*) (A/CN.9/745, A/CN.9/754 et Add.1 et 2, A/CN.9/WG.1/WP.79 et Add.l à 19)

4. **Le Président** déclare que les documents A/CN.9/754 et Add.1 et 2, et A/CN.9/WG.1/WP.79 et Add.1 à 19 traitent de questions de politique connexes et présentent un commentaire article par article. À eux tous, ces documents forment le Guide. Il invite les membres de la Commission à les commenter.

Document A/CN.9/754

5. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique), notant que le paragraphe 10 fait état de « marchés liés à la sécurité », déclare qu'il ne se rappelle pas que ces termes aient été utilisés auparavant et se demande si ces termes désignent la même chose que l'expression « passation de marché mettant en jeu des informations classifiées », mentionnée au paragraphe 12. Il s'interroge aussi sur l'utilisation des mots « accessibles » et « mises à la disposition » au paragraphe 16, car il pensait que le Groupe de travail avait décidé qu'à l'avenir, il ne serait pas fait de distinction entre les deux.

6. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) déclare que les mots « passation de marché mettant en jeu des informations classifiées » ont un sens plus large que les mots « marchés liés à la sécurité ». À l'issue de consultations d'experts, il a été décidé d'utiliser cette dernière expression pour désigner la passation de marchés impliquant des questions essentielles de sécurité ou de défense nationales. Quant à l'utilisation des mots « accessibles » et « mises à la disposition », le Groupe de travail avait effectivement décidé de cesser de faire une distinction entre eux dans le débat général. Toutefois, comme le paragraphe 16 avait pour objet d'expliquer les modifications apportées au texte de 1994, il y avait lieu d'y maintenir ces deux termes. D'ailleurs, tous deux étaient utilisés dans le texte de la Loi type elle-même, avec des significations différentes. Elle suggère que l'on utilise l'expression plus neutre « donner au public accès à […] textes juridiques » au lieu des termes « textes juridiques […] mis à la disposition du public ».

7. **M. Maradiaga** (Honduras) partage les préoccupations des États-Unis concernant les informations classifiées. Dans certains pays comme le sien, où les problèmes de corruption ne sont pas inconnus, la passation de marchés publics est exposée à des manipulations. Il est donc essentiel d'avoir un instrument juridique qui favorise la transparence en pareils cas. La notion d'informations classifiées ne doit pas se prêter au secret des manipulations.

8. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) précise que la section examinée du Guide n'a trait qu'aux modifications apportées au texte de 1994. Lors du long débat sur la nécessité d'assurer pleinement la transparence, il avait été souligné que certaines informations ne pourraient ne pas être divulguées au public que si elles étaient juridiquement classifiées et pour aucune autre raison. On veiller à bien insister sur l'importance de cette préoccupation.

9. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) estime que le libellé de la deuxième phrase du paragraphe 35 n'est pas clair. Tout candidat à la présélection retenu serait apte à présenter une soumission.

10. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) souligne que le paragraphe 35 est conforme à l'article 25, paragraphe 3, de la Loi type de 2011, qui dispose que, sous réserve d'obligations légales, la partie du dossier d'appel d'offres se rapportant au processus de soumission devrait être mise à la disposition de tous ceux qui ont soumis une offre. Cette phrase avait pour but d'expliquer que cette disposition ne s'appliquait pas à ceux qui avaient été exclus au stade de la présélection. Elle admet qu'elle devrait être réécrite pour plus de clarté.

11. **M^me^ Miller** (Banque mondiale) dit que le paragraphe 24 du document A/CN.9/754/Add.l contient un énoncé plus complet de la base de la sélection que celui de la première phrase du paragraphe 57 du

document discuté. Ce dernier pourrait utilement être aligné sur le premier. La note au bas du paragraphe 58 du document A/CN.9/754 n'est pas facile à comprendre : elle semble se référer au texte de 1994, à l'exception de la dernière phrase qui clarifie la terminologie actuellement utilisée dans le texte de 2011.

12. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) dit que les références au texte de 1994 seraient mises au passé afin d'éviter toute confusion.

Document A/CN.9/754/Add.1

13. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) déclare que comme l'additif 1 n'a pas été soumis au Groupe de travail ou fait l'objet de consultations informelles, il serait judicieux d'en faire une seconde lecture minutieuse.

14. **Le Président** demande au Secrétariat d'entreprendre cette tâche.

Document A/CN.9/754 Add.2

15. **M. Ezeh** (Nigéria), notant que la déclaration au paragraphe 5 selon laquelle la condition énoncée en 1994 de solliciter des prix auprès d'au moins trois fournisseurs ou entrepreneurs « si possible » a été remplacée dans le texte de 2011 par une obligation absolue de solliciter des prix auprès d'au moins trois fournisseurs ou entrepreneurs, déclare qu'il devrait être stipulé que ces fournisseurs ou entrepreneurs devraient être sans liens les uns avec les autres.

16. **Le Président** dit qu'un libellé dans ce sens pourrait être inséré dans le Guide.

17. **M. Grand d'Esnon** (France) déclare que, bien qu'il comprenne la préoccupation exprimée par le représentant du Nigéria, il pourrait entrevoir des obstacles à l'inclusion de sa proposition. En outre, le fait que deux entreprises appartiennent au même groupe ne signifie pas qu'il leur soit interdit de se faire concurrence.

18. **Le Président** estime que l'on pourrait trouver les mots pour se prémunir du danger que toute relation n'entraîne une distorsion du jeu de la concurrence, ce qui serait à déterminer par l'entité adjudicatrice.

19. **M. Fruhmann** (Autriche) doute de la valeur d'un tel ajout. Il lui semble que l'inquiétude du Nigéria est déjà prise en compte par les principes directeurs de la Loi type.

20. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique), sensible à la préoccupation exprimée par le représentant du Nigéria, déclare néanmoins que ni la Loi type ni le Guide ne peuvent être réécrits. Il souligne la nécessité de poursuivre le débat sur les enchères électroniques inversées ou les cadres dont on croyait, dans certains milieux, qu'ils devraient remplacer les devis.

21. **Le Président**, notant que l'obligation de présenter un devis est une question plus large, déclare que l'on pourrait insérer une phrase qui, plutôt que de faire état d'une relation ou d'un lien entre entrepreneurs, devrait mettre en garde contre le risque qu'un soumissionnaire ne soit la société mère d'un autre.

22. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) souligne que cette crainte a déjà été signalée par la référence, au paragraphe 35, au risque d'abus et de subjectivité dans la sélection des fournisseurs. Le texte pourrait être légèrement modifié de manière à répondre plus pleinement à cette crainte.

23. **M. Zhao** Yong (Chine) estime que ce qu'il faut éviter, c'est un conflit d'intérêts plutôt qu'une relation entre fournisseurs.

La séance est suspendue à 10 h 55 et reprend à 11 h 30.

Document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.3

24. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) dit que le Groupe de travail a suggéré de supprimer l'appel à garantir l'exactitude des textes publiés, dans la dernière phrase du paragraphe 29, car cette exigence était jugée trop rigoureuse, et estimait, d'une façon plus générale, que ce paragraphe devrait être révisé de manière à moins insister sur la distinction entre l'accessibilité et la disponibilité. À la lumière des discussions du Groupe de travail, la question sur laquelle insister est la promptitude de publication. Par ailleurs, comme il pourrait y avoir des différences dans la nature et l'auteur des informations à publier, la référence dans la partie du Guide révisé traitant de l'article 5 ne devrait pas être à l'auteur des textes mais à ceux qui les publient.

25. **M^me^ Leblanc** (Canada) a des doutes sur l'utilité de la dernière phrase du paragraphe 42 et, en

particulier, sur la logique du choix, comme exemple, de la réglementation des communications.

26. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) déclare que d'après le Secrétariat, dans certaines juridictions, la sécurité des offres est règlementée séparément. Si la Commission estime que cette situation est l'exception plutôt que la règle, l'exemple pourrait être supprimé.

27. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) demande des éclaircissements sur les deux dernières phrases du paragraphe 8. Ce n'est pas encore une règle acceptée à l'échelle internationale qu'une entité adjudicatrice d'un État agissant en qualité d'entité principale représente les entités adjudicatrices d'autres États.

28. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) rappelle que, comme il a été noté au paragraphe 17 a) de son rapport (A/CN.9/745), le Groupe de travail était convenu de supprimer ces deux dernières phrases.

29. **M. Imbachi Cerón** (Colombie) déclare que les sociétés internationales peuvent signer des contrats de stabilité juridique avec son gouvernement pour protéger leurs investissements contre les modifications apportées aux dispositions pertinentes de la loi. Il se demande si de tels contrats entrent dans le champ d'application de l'article 3 de la Loi type.

30. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) déclare que la souplesse du libellé de l'article 3 autorise des différences entre les divers systèmes fédéraux et constitutionnels et peut être adapté à des situations nationales particulières, au même titre que la Loi type dans son ensemble. Il n'est pas d'usage que la Commission ou le Groupe de travail fasse des commentaires détaillés sur des questions ne concernant qu'une juridiction et qui peuvent être traitées en adaptant la Loi type aux conditions locales.

31. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) déclare que l'expression « politiques socioéconomiques » est généralement interprétée comme se référant à des politiques nationales et non pas à des obligations découlant de règles internationales. Il aimerait entendre le raisonnement selon lequel seraient incluses les « règles internationales, telles que les mesures de lutte contre le terrorisme ou les régimes de sanctions du Conseil de sécurité de l'ONU » dans la définition des « politiques socioéconomiques », comme il est indiqué dans la première phrase du paragraphe 9.

32. **M. Zhao** Yong (Chine) partage le point de vue selon lequel les mesures de lutte contre le terrorisme ou les régimes de sanctions du Conseil de sécurité de l'ONU ne constituent pas des politiques socioéconomiques, mais plutôt des obligations internationales et suggère de transférer cette phrase dans les commentaires sur l'article 3.

33. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) souligne que cette phrase a été discutée dans le contexte de l'article 8 de la Loi type, qui permet l'exclusion de fournisseurs de certaines nationalités. La définition [alinéa o)] des « politiques socioéconomiques » donnée à l'article 2 de la Loi type englobe toutes politiques de l'État dont l'entité adjudicatrice pourrait avoir à tenir compte dans la procédure de passation de marchés et s'étend à la situation moins courante où des restrictions sont imposées par des obligations ou des accords internationaux. La référence aux mesures et régimes du Conseil de sécurité des Nations Unies serait transférée du paragraphe 9 au commentaire sur l'article 3. En outre, les obligations imposées par ces mesures et régimes seraient citées dans le commentaire sur l'article 8 figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.4, ce qui indiquerait clairement que les États jouissent de la souplesse voulue dans l'application de restrictions internationales.

34. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) souligne que la dernière phrase du paragraphe 15 stipule que l'article 3 accorde « la primauté générale aux traités internationaux ». Cette assertion est trop étroite, et il conviendrait d'ajouter une référence aux accords internationaux pour rester plus près des termes de l'article 3.

35. La deuxième phrase du paragraphe 24 est ambiguë et ne semble pas refléter l'intention de l'article 5 concernant la publication de textes juridiques, qui n'était pas d'exclure de la publication les décisions internes qui concernent un groupe ou une catégorie de sociétés. Il aimerait savoir si les mots « d'application générale » excluent tous les documents internes ou seulement ceux qui concernent certaines entités adjudicatrices ou groupes d'entités.

36. **Le Président** laisse entendre que les mots « documents internes » figurant dans cette phrase pourraient être remplacés par les mots « textes juridiques internes », conformément à l'expression utilisée au paragraphe 1 de l'article 5.

37. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) précise que le paragraphe 1 de l'article 5 ne visait pas à inclure les

documents internes qui régissent la façon dont procède une entité adjudicatrice. Comme le commentaire présenté au paragraphe 24 ne peut expliquer utilement ce que signifient les mots « d'application générale » et « textes juridiques », on pourrait laisser à l'État le soin de déterminer comment l'article devrait être appliqué, compte tenu des circonstances nationales.

38. **M. Grand d'Esnon** (France) déclare que les contrats, lois, règlements et décisions sont tous des textes juridiques qui devraient être accessibles au public comme le sont les documents internes. La deuxième phrase du paragraphe 24 n'est pas claire et devrait être supprimée afin d'éviter toute confusion.

39. *Il en est ainsi décidé.*

40. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique), appuyé par **M. Grand d'Esnon** (France) et **M. Maradiaga** (Honduras), dit que les mots « et l'exercice de pressions » dans la quatrième phrase du paragraphe 39 devraient être supprimés car l'exercice de pressions est différent de la collusion.

41. *Il en est ainsi décidé.*

Document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.4

42. **M. Ezeh** (Nigéria), se référant aux critères utilisés pour évaluer les qualifications des fournisseurs et entrepreneurs, discutés au paragraphe 16, déclare que comme la préqualification ne devrait pas limiter la concurrence en excluant d'éventuels soumissionnaires, en particulier dans les appels à la concurrence internationale, il conviendrait de préciser que les entreprises étrangères ne sont pas soumises aux lois locales, y compris celles concernant la constitution de sociétés ou le respect des conditions de fiscalité et de sécurité.

43. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) souligne qu'un moyen d'apaiser la crainte exprimée par le représentant du Nigéria serait d'inclure certains des exemples qu'il a cités dans la dernière phrase du paragraphe 17 parmi les conditions inutiles qui exposent les fournisseurs étrangers à la discrimination.

44. **Le Président** estime toutefois qu'il faudrait veiller à ne pas décourager l'application légitime de la législation fiscale locale, mais seulement l'abus d'exigences qui viseraient à exclure les fournisseurs étrangers.

45. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) estime que le Guide devrait expliquer ce que l'on entend par les expressions « qualifications fausses » ou « matériellement inexactes ou matériellement incomplètes » utilisées à l'article 9 de la Loi type.

46. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat), se référant au paragraphe 18 f) du rapport du Groupe de travail (A/CN.9/745), déclare qu'il a été décidé qu'aucune explication significative ne peut non plus être donnée dans le contexte du Guide. Le Groupe de travail estime que le mot « substantiel » renvoie à un seuil et qu'il se réfère à des omissions ou à des inexactitudes qui pourraient compromettre l'intégrité de la concurrence dans les circonstances de la passation concernée. L'homogénéité doit être assurée dans la discussion du terme « substantiel » dans tout le Guide.

47. **M. Imbachi Cerón** (Colombie), appuyé par **M. Maradiaga** (Honduras), suggère que la deuxième phrase du paragraphe 9 de la version espagnole soit révisée afin d'éviter l'idée que toute restriction dans la participation de fournisseurs ou la procédure de passation de marchés restreint les échanges.

48. **Le Président** déclare que l'on pourrait amender le texte en remplaçant les mots « restreint les échanges » par les mots « pourrait restreindre les échanges ».

49. **M. Grand d'Esnon** (France) estime que le fait de restreindre le nombre de participants restreindrait logiquement les échanges, ce qui rend l'addition du mot « pourrait » inutile. Par ailleurs, l'expression « peut contrevenir aux engagements » dans la version française pourrait s'interpréter comme autorisant la violation de ces engagements. Le mot « peut » devrait être remplacé par les mots « est susceptible de » dans la version française.

50. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) souligne que l'intention était d'attirer l'attention sur le fait qu'une telle restriction pourrait contrevenir aux engagements de libre échange. Elle propose de remplacer les mots « restreint les échanges et peut contrevenir aux engagements » par les mots « peut contrevenir aux engagements de libre échange ».

51. **Le Président** dit que le paragraphe 9 stipule de façon inexacte le but du paragraphe 1 de l'article 8. Il n'indique pas raisons qui pourraient être invoquées pour justifier de restreindre la participation. En fait, il n'autorise que des restrictions fondées sur la

nationalité lorsque cela est prévu par des règlements nationaux.

52. **M. Bonilla Muñoz** (Mexique) déclare que sa délégation n'approuve pas la dernière modification proposée par le Secrétariat.

53. **M. Ezeh** (Nigéria) déclare que le libellé proposé par le Secrétariat répond correctement aux questions soulevées par sa délégation.

54. **Le Président** souligne que si la nationalité ne devrait pas être une raison de restreindre la participation à des procédures de passation de marchés, des règlements pourraient autoriser l'entité adjudicatrice à restreindre cette participation pour des raisons de nationalité. Toutefois, le fait que des règlements autorisent une telle restriction ne veut pas dire que la loi l'autorise, car d'autres obligations internationales pourraient elles-mêmes restreindre le droit de limiter la participation sur la base de la nationalité.

55. **M. Grand d'Esnon** (France) estime que la question de la préférence nationale devrait être énoncée clairement au paragraphe 9.

56. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) déclare que le paragraphe 9 sera réécrit de manière à donner une présentation descriptive de l'article 8, ce qui préparerait le terrain pour les commentaires détaillés figurant dans les paragraphes suivants. Elle estime que la version révisée de ce paragraphe devrait énoncer les situations limitées où la participation pourrait être restreinte. Des références seraient ajoutées au commentaire pertinent traitant des sanctions ou des mesures antiterroristes visées à l'article 3 et de la mise en œuvre des politiques socioéconomiques. La version révisée du paragraphe indiquerait en outre que toute restriction à la participation pourrait constituer une violation des engagements de libre échange pris par les États en vertu d'instruments internationaux pertinents, et enfin, les paragraphes 1 et 2 fournissent des sauvegardes procédurales lorsqu'une telle restriction est imposée.

57. *Il en est ainsi décidé.*

Document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.5

58. **M^me^ Nicholas** (Secrétariat) appelle l'attention sur le paragraphe 19 du rapport du Groupe de travail (A/CN.9/745), qui énonce les modifications proposées au document A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.5 par le Groupe de travail. Celui-ci a demandé de réécrire sensiblement les paragraphes 21 et suivants, dont le libellé n'a pas encore été finalisé par le Secrétariat.

59. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) demande quelles modifications ont été apportées au paragraphe 30 du document. Les petites et moyennes entreprises ne peuvent facilement assurer la garantie de leurs soumissions et cette obligation tend à les décourager de participer aux procédures de passation de marchés.

60. **Le Président** déclare que, conformément à la reformulation du paragraphe 30 demandée aux alinéas f) et j) du paragraphe 19 du rapport du Groupe de travail, le commentaire sera révisé afin d'assurer une présentation équilibrée.

La séance est levée à 13 heures.